

INCIDENTE PROBATORIO

*Dir. Pen. e Processo, 2017, 11, 1493 (commento alla normativa)***INCIDENTE PROBATORIO, PROVA RINNOVABILE E DIBATTIMENTO**

di Leonardo Suraci (*)

c.p.p. art. 190

c.p.p. art. 190-bis

Il rapporto tra l'incidente probatorio ed il dibattimento, abbastanza delineato sul piano funzionale e non molto problematico se la prospettiva della irripetibilità della prova - pronosticata in fase d'indagine - diviene concreta, entra in crisi allorché l'esperimento probatorio effettuato in via anticipata diviene rinnovabile nella sede tipica. L'ossequio a principi di ordine generale - oralità ed immediatezza - rende intuitiva la conclusione nel senso del pieno esplicarsi del diritto alla prova ex art. 190 c.p.p. e, quindi, la configurazione di un diritto alla riassunzione della prova in ambito dibattimentale. Una prospettiva che guardi al versante effettivo delle garanzie alla luce della funzione del processo e presti attenzione alla complessiva articolazione del sistema relazionale che si instaura tra le diverse fasi del procedimento consente, invece, di estendere i margini della valutazione giudiziale di ammissibilità della (richiesta di) nuova acquisizione.

Sommario: La ripetibilità della prova - Premessa: l'oralità e l'immediatezza nel processo penale - Una (improbabile) prospettiva d'esame dell'ipotesi di rinnovabilità probatoria: il principio di immutabilità del giudice (art. 525, comma 2, c.p.p.) - Un'altra (egualmente improbabile) prospettiva: la riforma della sentenza di assoluzione e l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello - Le (possibili) coordinate normative entro cui collocare la problematica - Premesse di fondo per un'ipotesi ricostruttiva: il diritto di difesa - La rilettura dell'art. 190 c.p.p.

La ripetibilità della prova

Come è a tutti noto, attraverso l'incidente probatorio si realizza un programma istruttorio garantito, la cui attuazione è stata determinata da una prognosi di indifferibilità al dibattimento dell'atto acquisitivo.

Nell'ambito della strutturazione complessiva del nuovo sistema processuale, infatti, l'incidente probatorio (1) aveva una funzione ben delineata, costituendo una "parentesi eccezionale di formazione della prova nel contraddittorio delle parti in sede di indagini preliminari" (2).

In virtù di esso le prove suscettibili di dispersione in attesa dell'instaurazione del dibattimento possono essere assunte nel corso delle indagini preliminari mediante forme che, pur implicando il necessario sacrificio dei principi fondamentali tipici del processo accusatorio, garantiscono, sia pure con modalità più sfumate, il diritto delle parti al contraddittorio nella formazione della prova, di talché "i relativi atti valgono come frammenti anticipati del dibattimento" (3).

Il legislatore, tuttavia, non si è limitato, nella predisposizione dell'art. 392 c.p.p., a prevedere quale condizione indispensabile di proponibilità del rimedio istruttorio la generica connotazione di non rinviabilità al dibattimento della prova, concetto - definito, e non a torto, polisemantico e politematico (4) - invece evocato dalla direttiva n. 40 della legge di delega nella prospettiva delimitatrice di un fenomeno - tanto più marcato quanto più estesa si presenta, cronologicamente parlando, la fase propriamente investigativa (5) - di ipotizzabile dispersione probatoria (6).

Al fine di restringere i margini di discrezionalità del giudice per le indagini preliminari e rendere per questa via remota la possibilità di abusi sistematici (7), egli ha puntualizzato siffatta nozione mediante la tassativa catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di preventiva assunzione e la vincolante predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata (8).

Può darsi che l'irripetibilità dell'atto, soltanto ipotizzabile - ed ipotizzata, dunque - nel corso delle indagini preliminari non abbia acquisito, instauratasi la fase dibattimentale, carattere effettivo, di talché l'atto di assunzione probatoria si presenta come ancora suscettibile di rinnovazione nel contesto propriamente processuale.

In relazione a questa evenienza, la possibilità di pervenire ad una integrale applicazione dei principi ispiratori del modello accusatorio imporrebbe la - rivelatasi evenienza inaspettatamente accessibile - riattivazione del mezzo di prova (9) e, al fine di modellare il sistema in vista di una siffatta situazione concreta, sembrerebbe sistematicamente corretto il richiamo all'art. 511, comma 2, c.p.p., su cui si innesta sia la disciplina generale in materia di ammissione delle prove prevista dall'art. 190 c.p.p., sia la previsione speciale di cui all'art. 190 bis c.p.p. (10).

Di talché, la richiesta proveniente dalla parte interessata alla rinnovazione dell'esperimento istruttorio, ovviamente preceduta dagli adempimenti prescritti dall'art. 468 c.p.p. anche in relazione ai verbali di dichiarazioni acquisite mediante l'incidente probatorio espletato in un procedimento diverso, determinerebbe l'attivazione di un ambito valutativo di pertinenza esclusiva del giudice del dibattimento e da percorrere secondo i parametri delineati dall'art. 190, comma 1, c.p.p. ovvero, nei casi ivi previsti, dall'art. 190 bis c.p.p. (11).

"E così [...] qualora il testimone sia stato già escusso in sede incidentale, della sua dichiarazione potrà essere data lettura solo a seguito della sua escussione in dibattimento, onde evitare la prassi delle conferme e la compressione dell'oralità" (12).

Anche perché, è stato evidenziato, "la sopravvenuta ripetibilità del mezzo di prova fa venir meno la funzione conservativa dell'incidente probatorio eliminando l'esigenza eccezionale di avvalersi di un atto scritto che, in generale, viene meno ogni qualvolta l'oralità e l'immediatezza possano riprendere la loro attuazione connaturata al sistema processuale accusatorio" (13).

Premessa: l'oralità e l'immediatezza nel processo penale

Se il contraddittorio delinea il nucleo essenziale del sistema formativo della prova penale e la sua essenza epistemologica costituisce la ragione per la quale occorre "difendere il modello di legalità probatoria disegnato dal nostro codice" ⁽¹⁴⁾, l'oralità concorre ad integrare l'insieme dei logici corollari di esso.

La nozione di "oralità" si connette, già sotto il profilo semantico, a quella, inevitabilmente antitetica, di scrittura, di talché a siffatta contrapposizione consegue il radicato distinguo fra processo orale, caratterizzato dall'assunzione a viva voce dell'apporto conoscitivo dei singoli interessati, e processo scritto, dominato dall'enfatico ricorso al materiale cartaceo, anche se la necessità di adattamento dei modelli astratti determina una variegata distribuzione dei rispettivi principi all'interno di ogni ordinamento positivamente vigente ⁽¹⁵⁾. La dottrina ha evidenziato, però, la pluralità di significati che può assumere "un concetto in apparenza inequivoco" ⁽¹⁶⁾, dal momento che se, da un lato, si collocano coloro che individuano nell'oralità esclusivamente una forma di manifestazione del contributo probatorio finalizzato all'accertamento dei fatti ⁽¹⁷⁾, dall'altro emerge la posizione della dottrina processualpenalistica che, invece, una volta assunto il principio di specie quale espressione di sintesi, ne condiziona l'operatività alla contemporanea soddisfazione delle esigenze di immediatezza e concentrazione del processo ⁽¹⁸⁾.

Di talché, l'oralità diviene carattere del c.d. sistema processuale orale, ossia di "un tipo di processo che punta sull'elaborazione della prova nel contraddittorio fra le parti e che fa dell'immediatezza e della concentrazione le componenti essenziali per il controllo e la valutazione delle acquisizioni probatorie. Il principio dell'oralità costituisce, così, la sintesi di altri principi e diventa la nota fondamentale del dibattimento, perché in questa fase del processo convergono contraddittorio, immediatezza e concentrazione" ⁽¹⁹⁾.

Seguendo questa impostazione, quindi, con il termine - connotato da una "notevole carica polisemantica" ⁽²⁰⁾ - oralità "non [si] fa riferimento a una vacua oratoria od a una generica palestra dialogica, ma [si] indica uno specifico modello processuale connotato dall'intreccio di tutti i su esposti caratteri" ⁽²¹⁾.

In questo senso, dunque, soltanto l'oralità intesa in senso stretto si sgancia dalla nozione onnicomprensiva elaborata dalla dottrina e recupera il proprio contenuto più intuitivo, determinandosi attraverso di essa la prevalenza della parola sullo scritto, sebbene non possa giungersi alla totale esclusione di quest'ultimo, del quale, tuttavia, si limita al massimo l'influenza quando entrino in gioco situazioni rispetto alle quali va instaurato il contraddittorio ⁽²²⁾.

L'immediatezza, invece, sintetizza un'espressione che sta ad indicare la relazione diretta intercorrente fra il soggetto giudicante e gli elementi su cui dovrà fondarsi il giudizio ⁽²³⁾ e, per cogliere l'essenzialità del legame che corre tra i predetti canoni, è sufficiente considerare che "quando il contenuto delle acquisizioni istruttorie dovesse giungere al decidente per intermediazione altrui, si disperderebbero gran parte dei benefici di un'escussione condotta a viva voce" ⁽²⁴⁾.

Una (improbabile) prospettiva d'esame dell'ipotesi di rinnovabilità probatoria: il principio di immutabilità del giudice (art. 525, comma 2, c.p.p.)

La tematica che ci occupa si presenta, a dire il vero, sufficientemente complessa, sintetizzandosi in essa un insieme di valori sui quali si gioca la tenuta del delicatissimo equilibrio dei meccanismi portanti del sistema processuale.

Concentrando in via prioritaria, però, l'attenzione sul quadro sistematico e sugli strumenti delineati rispetto a figure affini attinenti a vicende di riedizione dell'esperimento probatorio, è possibile sgomberare il campo da possibili suggestioni.

Operazione, quella appena delineata, tutt'altro che superflua, anzi essenziale in quanto idonea a generare lo sfondo ideale su cui edificare una riflessione quanto più attenta ed oggettivamente caratterizzata.

Ed allora, va fin da subito evidenziato che la problematica non si presta a chiamare in causa la regola generale stabilita dall'art. 525, comma 2, c.p.p. e per la quale, come è noto, alla deliberazione della sentenza devono concorrere, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento.

Essa ribadisce il principio di immutabilità del giudice ⁽²⁵⁾ e, nella sua essenzialità - addirittura presidiata dalla tipologia più grave di nullità prevista dall'ordinamento processuale ⁽²⁶⁾ - garantisce l'effettività dei principi di oralità e immediatezza ⁽²⁷⁾.

Pur tuttavia, la predisposizione di un apparato sanzionatorio eccezionalmente severo costituisce un ulteriore indice della necessità di collocare la funzione normativa della garanzia nel contesto dei rimedi volti a presidiare la competenza funzionale dei giudici che hanno partecipato al dibattimento - e, quindi, all'istruzione dibattimentale - quali gli unici legittimati a deliberare la sentenza.

Ed infatti, la giurisprudenza, quasi a voler ribadire che il vizio risiede in un difetto di legittimazione più che in un limite intrinseco all'attività probatoria, ha messo in rilievo il carattere indefettibile del rapporto che lega rispetto alle prove formate in dibattimento - ma, ovviamente, soltanto rispetto ad esse - il giudice che è investito della deliberazione della sentenza, statuendo che l'invalidità di cui all'art. 525, comma 2, c.p.p. non è suscettibile di essere sanata facendo ricorso al c.d. criterio della resistenza, posto che il divieto di deliberare su materiale istruttorio acquisito da un collegio in diversa composizione prescinde dal contenuto e dalla portata del materiale stesso ⁽²⁸⁾.

La Corte costituzionale, a sua volta, ha chiarito che la disciplina concernente l'ammissione della prova va mantenuta distinta da quella relativa alle modalità di assunzione dei mezzi di prova, soggiungendo che il giudice, ove abbia ammesso la prova richiesta in quanto non manifestamente superflua o irrilevante, è poi tenuto ad assumerla secondo le modalità prescritte dalla legge ⁽²⁹⁾.

L'argomento ha fatto da sfondo all'introduzione di una disciplina specifica in relazione ai casi di mutamento della persona fisica del giudice, ipotesi che chiama direttamente in causa l'art. 525, comma 2, c.p.p. e che la giurisprudenza ha affrontato mediante la valorizzazione del sistema delle letture dibattimentali ⁽³⁰⁾.

In particolare, sulla base della premessa secondo cui i verbali delle dichiarazioni rese nella precedente fase dibattimentale "fanno già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice, [tale contenuto, infatti, non essendo] cristallizzato in quello indicato nell'art. 431 del codice ma

soggetto a notevoli variazioni [...] soprattutto, nel corso del dibattimento, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione [...] conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta" ⁽³¹⁾, è stata ritenuta la "integrale applicabilità della disciplina dettata dall'art. 511 del codice in tema di lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento" ⁽³²⁾.

Forti dell'avallo autorevole della Corte costituzionale, le Sezioni Unite della S.C., muovendo dal presupposto che l'art. 511, comma 2, c.p.p. attribuisce alla lettura delle dichiarazioni una funzione integratrice dell'escussione della prova orale, hanno ritenuto di accogliere la soluzione prospettata dalla giurisprudenza prevalente, attribuendo al consenso delle parti il valore di elemento condizionante l'attivazione delle concrete modalità - ripetizione dell'atto acquisitivo o lettura - realizzative della rinnovazione dibattimentale ⁽³³⁾.

Orbene, a parte il fatto che di recente si assiste ad un tendenziale ridimensionamento del principio - e, quindi, del sistema di valori che esso sottende - attraverso la valorizzazione di concetti quali quelli del consenso implicito o tacito ⁽³⁴⁾, e fermi restando i diversi e già evidenziati profili di criticità ⁽³⁵⁾, non può sottacersi che esso non ha nulla a che vedere con il sistema di relazioni che intercorre tra l'incidente istruttorio ed il momento deliberativo della sentenza, di talché ogni tentativo di accostamento al fine di trarre regole generali costituisce una evidente forzatura.

Non può sfuggire a nessuno, infatti, che la procedura incidentale costituisce il primo strumento che, funzionalmente e con logica sistemica, deroga al principio generale stabilito dall'art. 525 c.p.p. per ragioni connesse alla salvaguardia della funzione del processo rispetto ai pericoli di dispersione della prova ⁽³⁶⁾.

La probabile disattivazione del futuro dibattimento rispetto al peculiare esperimento istruttorio, in altre parole, giustifica la previsione del sub procedimento acquisitivo e, sul piano logico e sistematico, rende inesigibile una pretesa coincidenza tra l'organo di assunzione e l'organo di valutazione della prova.

Un'altra (egualmente improbabile) prospettiva: la riforma della sentenza di assoluzione e l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello

Allo stesso modo, non apre una prospettiva ermeneutica appagante la statuizione di matrice europea secondo la quale contrasta con i principi di un equo processo la possibilità che il giudice d'appello, dissentendo da quello di primo grado rispetto al giudizio di attendibilità di un testimone, riformi la decisione assolutoria senza disporre, eventualmente anche d'ufficio, la rinnovazione della prova dichiarativa ⁽³⁷⁾.

È vero che la Corte di cassazione, ancorché inizialmente con sfumature diverse, sembra avere recepito, in una logica di interpretazione conforme ⁽³⁸⁾, il principio stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽³⁹⁾, ma non può sfuggire che la svolta della giurisprudenza nazionale "mira a correggere un'evidente incongruenza del nostro processo: la possibilità di una condanna in appello pronunciata sulla base di una riconsiderazione dell'attendibilità delle fonti dichiarative condotta sulla base della mera lettura degli atti del fascicolo di primo grado" ⁽⁴⁰⁾.

Ed allora, un dato è chiaro, ossia quello secondo cui, in caso di valutazioni *in peius* della prova orale da altri acquisita, "il corto circuito non è di livello logico [...] e nemmeno di ordine metodologico [...]. Il corto circuito è invece più sottile e di tipo strutturale: chi deve motivare la colpevolezza sulla base di prove assunte (come il giudice italiano), al contempo censurando la correttezza della loro esegesi del giudice di grado inferiore, lavora con grandi difficoltà su di un testo cristallizzato" ⁽⁴¹⁾.

Di talché, e salvo evidenti casi di travisamento, "il giudice che si va convincendo (nulla è un lampo definitivo nello *iudicare*...), anche attraverso la valutazione di *quella* testimonianza, della colpevolezza dell'imputato, ha necessità di una serie di verifiche fattuali, di riscontri, di incroci di circostanze storiche che solo un esame "rinnovato" del teste può fornirgli, perché è ben raro (possibile, ma casuale) che un testo già "ingabbiato" (non solo da un verbale, ma soprattutto) dal percorso mentale di chi lo ha formato possa, appunto, risultare esaustivo in tal senso" ⁽⁴²⁾.

"È insomma assai difficile" - è il rilievo conclusivo di un'analisi quanto mai attenta - "che, di fronte ad un risultato dichiarativo cartolare, il giudice d'appello possa trovare e percorrere tutti i sentieri dimostrativi ed argomentativi (il che significa: il riferimento a tutte le circostanze storiche necessarie, anche marginali) idonei a giungere ad una decisione diversa (e colpevolista), fondata unicamente su quel contributo dichiarativo" ⁽⁴³⁾.

Volendo tirare fin da subito le fila di un discorso necessariamente sintetico, si è già detto che la regola, in primo luogo, non viene ancora prospettata quale norma di carattere generale rispetto alla specifica evenienza presa in esame e con siffatti limiti, certamente, finirà per scontrarsi la prassi applicativa della modifica introdotta dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 all'art. 603 c.p.p. ⁽⁴⁴⁾.

Né, essa, riesce a scalfire il dato incontrovertito secondo cui "il giudizio penale di secondo grado si apprezza] come giudizio critico, in funzione di controllo della decisione già resa" ⁽⁴⁵⁾ il quale sconta una presunzione di completezza dell'istruzione già svolta che rende eccezionale la rinnovazione ⁽⁴⁶⁾ e, in ogni caso, "il ritorno all'oralità per effetto della rinnovazione non consente di considerare caratterizzato da questo principio il relativo giudizio né in rapporto alle prove già raccolte, che il giudice d'appello può conoscere e valutare per il tramite dei relativi verbali; né in rapporto alle prove assunte in sede di gravame che, per l'interdipendenza di tutti i dati probatori, dovranno essere esaminate ed apprezzate alla luce degli elementi già acquisiti nel grado precedente" ⁽⁴⁷⁾.

Ma la regola stessa, come appena visto, non si pone nemmeno al servizio di un principio di ordine generale e, se lo fa, esso non è certamente individuabile in quelli dell'oralità e immediatezza ⁽⁴⁸⁾, trattandosi di un dovere procedimentale che si colloca sullo stesso piano dell'obbligo di motivazione rinforzata che assiste il giudice dell'impugnazione nell'ipotesi costituita, anche in questo caso, dalla riforma di una sentenza assolutoria di primo grado ⁽⁴⁹⁾.

In ragione di siffatto principio, affacciandosi sulla scena della procedura penale sin dalla metà degli anni novanta ⁽⁵⁰⁾, questi deve argomentare circa la configurabilità dell'apprezzamento diverso da quello del

primo giudice come l'unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano minato la permanente stabilità del primo giudizio ⁽⁵¹⁾.

Obbligo il quale, rimarca la Corte di cassazione, da un lato costituisce il contrappeso in punto di garanzia e di logica processuali alla natura generalmente cartolare dell'appello - essendosi formate le prove anteriormente, ed emergendo così un delicato equilibrio da rispettare nei riguardi del principio del contraddittorio - e, dall'altro, manifesta rispetto consapevole alla ineludibile connotazione di potenziale stabilità propria del primo accertamento giurisdizionale, tanto più quando, essendo di contenuto assolutorio, è sostenibile che detto contenuto abbia riscontrato ed espresso il "ragionevole dubbio" di cui all'art. 533 c.p.p. ⁽⁵²⁾.

L'attenzione dell'interprete si pone, in altre parole, non tanto su di un'esigenza astratta di garantire la relazione diretta tra fonte di prova e giudice alla luce di un principio generale - l'immediatezza, appunto - che si vuole, improvvisamente, plasmi il modello di accertamento tipico del giudizio d'appello, quanto sull'esigenza di assicurare, in relazione al "versante critico" della garanzia del doppio grado di giudizio - vale a dire l'ipotesi in cui, a fronte di una sentenza di primo grado interamente liberatoria, sia sopraggiunta una condanna in appello, a seguito di impugnazione proposta dal p.m. - la formazione di un convincimento giudiziale che faccia - e, in qualche modo, chiuda - i conti con il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio - messo a dura prova dalla scarsa forza di resistenza del giudizio espresso nella sentenza di primo grado - in modo da rendere socialmente accettabile il nuovo e contrastante accertamento sulla colpevolezza dell'imputato ⁽⁵³⁾.

Non a caso, infatti, anche la presa di posizione delle Sezioni Unite della S.C. sulla questione della riforma della sentenza assolutoria in grado di appello fondata su una differente valutazione della prova dichiarativa ha ricondotto - e non è casuale, trattandosi dell'architrave del sistema di verifica ispirato alla giurisprudenza europea - il vizio conseguente alla mancata rinnovazione nell'alveo del vizio di motivazione ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p. ⁽⁵⁴⁾.

Sentenza la quale, tra l'altro, offre l'autorevolissima conferma dell'assenza di automatismi correlati alla sopravvivenza della fonte assunta mediante incidente probatorio proprio nel passaggio in cui si sofferma a sottolineare che l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello si pone, altresì, nel caso in cui le prove dichiarative su cui si fonda la sentenza assolutoria di primo grado siano state assunte in sede di incidente probatorio.

Difatti, trattandosi in questa evenienza di prove ancora acquisibili in grado di appello, è ovvio che l'ipotesi prospetta un caso di "saltum" rispetto ad attività acquisitive collocabili nella sede dibattimentale di primo grado.

Le (possibili) coordinate normative entro cui collocare la problematica

Giunti a questo punto della trattazione, può spostarsi l'attenzione su di un quadro sistematico il cui perimetro è delimitato dal complesso delle disposizioni che, nei diversi settori in qualche modo interessati, delineano la prospettiva di sviluppo dell'itinerario ammissivo della prova già assunta mediante l'incidente probatorio.

Non senza avere effettuato una premessa di fondo che trae spunto, innegabilmente, dall'attenta - ed eseguita da altri, è ovvio ⁽⁵⁵⁾ - analisi dei riverberi dell'incidenza dell'interpretazione conforme alla Cedu ⁽⁵⁶⁾ sull'architettura del processo penale.

"[G]iusto processo e *fair trial*" - è stato efficacemente detto - "non sono la stessa cosa. Per noi, quel che conta è che il processo sia conforme alle regole. Per la Corte europea non basta: il processo è *fair* se è conforme ai diritti [...]. La legittimità è semplice conformità alle regole, la *fairness* molto di più: se la regola è ingiusta, la *fairness* è violata dalla regola. Cioè un processo, legittimo per noi, diventa *unfair* per la Corte europea" ⁽⁵⁷⁾. Orbene, se, da un lato, l'oralità non costituisce una regola generale del processo penale - essendo derogabile e, tra l'altro, nel nostro sistema ampiamente derogata - essa, dall'altro, non sembra costituire la componente oggettiva di una situazione giuridica processuale riconducibile a quella del diritto soggettivo.

Discorso diverso, ovviamente, va fatto in relazione al contraddittorio nella formazione della prova, il cui valore euristico rappresenta un'acquisizione consolidata dell'epistemologia contemporanea ⁽⁵⁸⁾, costituendo "uno strumento, ancor oggi il meno imperfetto, per la ricerca della verità o, meglio, per ridurre il più possibile lo scarto tra verità giudiziale e verità storica" ⁽⁵⁹⁾, ed è proprio in virtù di questa sua caratteristica che "esula dalla sterile polemica tra sostenitori del sistema accusatorio e fautori di quello inquisitorio (più o meno annacquato da innesti garantistici) per venire a caratterizzare un *metodo* [...] indipendente dalle scelte contingenti di politica processuale" ⁽⁶⁰⁾.

Come è noto, la mancanza di espliciti riferimenti nel contesto di una Carta costituzionale le cui linee portanti "avevano privilegiato i canoni oggettivi di regolarità della giurisdizione rispetto ad una tutela preminente delle garanzie individuali dei cittadini" ⁽⁶¹⁾ - anche se, è stato giustamente osservato, non poteva apparire azzardato sostenere, tenendo nel dovuto conto anche i principi desumibili dagli artt. 24, comma 2 e 27, comma 2, Cost., che la preferenza andasse assegnata, tra i diversi modelli processuali, a quello di ispirazione accusatoria ⁽⁶²⁾ - ha assunto il ruolo di precondizione valida a consentire di porlo, nel corso degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice processuale, su un terreno connotato da un'ampia cedevolezza, a vantaggio di altri e estremamente fumosi principi di rango costituzionale, al punto che è stato necessario intervenire sul dettato costituzionale al fine di mettere ordine sul quadro dei valori fondati il modello processuale di riferimento.

L'inserimento, avvenuto mediante la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, dei principi del "giusto processo" ⁽⁶³⁾ nel testo costituzionale ha rappresentato la tappa fondamentale del percorso di recupero dei connotati propri del sistema processuale voluto dal legislatore della riforma ⁽⁶⁴⁾, avendo la sua più inconfondibile ragion d'essere "nel proposito di recuperare e consolidare, con la forza del rango costituzionale, quel diritto delle prove penali cui il legislatore del 1989 aveva già dato vita, suscitando peraltro le reazioni della cultura inquisitoria di gran parte della magistratura italiana, con i conseguenti interventi demolitori della Corte costituzionale" ⁽⁶⁵⁾.

Nell'ambito dei principi costituzionali di nuova introduzione, e con particolare riferimento al processo penale ⁽⁶⁶⁾, la previsione contenuta nell'art. 111, comma 4, Cost., secondo cui "[i]l processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova" ⁽⁶⁷⁾, sebbene sintetizzi un principio del quale "si possono fornire interpretazioni contrastanti, a seconda che si ritenga - o meno - di valorizzare - ed in quale grado - nel corso del dibattimento, le dichiarazioni rese dal teste nella fase delle indagini preliminari" ⁽⁶⁸⁾, costituisce un enunciato di notevole risalto sul piano della civiltà giuridica e di ineccepibile collocazione nel quadro costituzionale ⁽⁶⁹⁾.

Sul versante socio-politico essa sta, innanzitutto, a significare che senza contraddittorio "non esiste una decisione valida che trovi nel rispetto della Carta fondamentale la legittimazione per essere comunemente accettata come giusta" ⁽⁷⁰⁾.

Allo stesso tempo, come già detto, riflette il metodo epistemologico oggi più accreditato al fine di conseguire l'accertamento dei fatti e delle responsabilità in quanto fondato sul presupposto della "divisione della conoscenza", presupposto secondo cui solo il confronto delle diverse prospettive da cui muovono le parti consente di cogliere il significato dei fatti e di comprenderne il reale valore sociale ⁽⁷¹⁾.

Il principio generale, come è noto derogabile nei casi determinati dall'art. 111, comma 5, Cost. ⁽⁷²⁾, esprime, pertanto, una precisa regola di esclusione probatoria, per effetto della quale i dati conoscitivi formati al di fuori del contraddittorio non possono costituire, qualunque sia la parte dalla quale provengono, prova nell'ambito del processo penale ⁽⁷³⁾.

Il principio costituzionale, si è osservato in dottrina, è richiamato dall'art. 111, commi 3 e 4, Cost. nei suoi due aspetti essenziali, ossia come metodo di conoscenza (aspetto oggettivo) e come garanzia dell'imputato (aspetto soggettivo) ⁽⁷⁴⁾, ma, al di là delle ipotizzabili classificazioni concettuali e teoriche ⁽⁷⁵⁾, il contraddittorio conserva inalterato il proprio profilo di criterio formativo della prova che, allo stesso tempo, si colloca a livello costituzionale nella dimensione oggettiva di una situazione giuridica processuale dotata di una specifica qualificazione - esso è, infatti, un diritto - e riferibile ad un determinato soggetto - l'imputato, appunto - del procedimento.

Per l'immediatezza, come si sa, non è così: essa, a differenza del principio del contraddittorio, è sì connotato tipico di un modello processuale di carattere accusatorio, ma nell'ambito del nostro sistema non soltanto non è stato "consapevolmente" ⁽⁷⁶⁾ dotato di copertura costituzionale - nel contesto, tra l'altro, di una Costituzione che si esprime preferibilmente attraverso l'enunciazione di canoni oggettivi disciplinanti la funzione giurisdizionale ⁽⁷⁷⁾ - ma soffre di svariate deroghe a livello di disciplina processuale ordinaria, tante e talmente penetranti da tradirne la collocazione nella sfera delle garanzie di carattere soggettivo.

Il contraddittorio, in altri termini, è imposto dall'art. 111 Cost., ma esso non ne vincola l'attuazione alla fase del giudizio, ipotizzando, in altre parole, la realizzazione di un sistema processuale che, volendo assicurare il contrario - dunque, un contraddittorio a tutti i costi nell'oralità ed immediatezza - sarebbe inevitabilmente destinato ad implodere.

Né può sostenersi che l'immediatezza - intesa sul versante dell'immutabilità del giudice del dibattimento - costituisce una connotazione imposta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, trattandosi di un elemento che la Corte europea definisce "importante" per un processo equo ⁽⁷⁸⁾ ma suscettibile di subire eccezioni in presenza di una pluralità di circostanze, tra le quali quella afferente proprio all'utilità degli eventuali apporti connessi alla nuova audizione ⁽⁷⁹⁾.

Ritornando al punto da cui si era partiti, se è vero, da un lato, che l'art. 190 c.p.p. stabilisce i criteri generali di ammissibilità della prova richiesta in dibattimento - di talché sarebbe ipotizzabile una rivitalizzazione degli stessi in vista del giudizio di ammissione della nuova, e da taluno richiesta, assunzione - è altrettanto vero che la portata generale della disposizione e della presunzione di ammissibilità che essa racchiude ⁽⁸⁰⁾ si presta ad essere posta in discussione dalla previsione contenuta nell'art. 238, comma 5, c.p.p., il quale, come già detto, riconosce il diritto delle parti di ottenere - deve notarsi, si badi bene, il carattere esplicito del richiamo - a norma dell'art. 190 c.p.p. - ma fatto salvo il peculiare regime di ammissione previsto dalla "discussa e discutibile" ⁽⁸¹⁾ norma contenuta nell'art. 190 *bis* c.p.p. - l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite mediante l'attivazione dei veicoli di circolazione disciplinati dal precedente comma 1.

Lo specifico - ma superfluo, essendo in ipotesi vera la portata per così dire universale dei principi espressi dall'art. 190 c.p.p. - richiamo a quest'ultima disposizione contenuto nell'art. 238 c.p.p. ⁽⁸²⁾ segnala la necessità di un ridimensionamento dell'idea secondo la quale i momenti dell'ammissione della prova non presidiati da specifiche norme siano sempre e comunque assistiti dall'operare dei medesimi criteri di non manifesta superfluità e irrilevanza, quanto meno nei termini in cui essi vengono intesi allorché operano nella fase introduttiva del dibattimento e, ovviamente, rispetto a contributi dichiarativi la cui portata è ricostruibile semplicemente sulla base di un giudizio su circostanze sinteticamente descritte ai sensi dell'art. 468 c.p.p.

V'è, dunque, tra i criteri generali stabiliti dall'art. 190 c.p.p. - fondanti un astratto giudizio di presunta ammissibilità della prova - ed i parametri ben più restrittivi delineati dall'art. 190 *bis* c.p.p. in relazione alle specifiche ipotesi da esso prese in considerazione, uno spazio vuoto che deve essere colmato in via interpretativa ⁽⁸³⁾, fatta salva l'ipotesi in cui sia la legge a definire a priori criteri diversi ed originali.

Si vuole dire, in altre parole, che la conoscenza da parte del giudice del contenuto delle precedenti dichiarazioni e la - in ogni caso - piena utilizzabilità di esse non possono costituire circostanze neutre rispetto ad adempimenti introduttivi il cui evolversi, rimesso esclusivamente alla valutazione delle parti, potrebbe incidere - ed in alcuni casi necessariamente incide - sull'efficienza del processo senza apportare alcun elemento di novità sul percorso di accertamento del fatto.

Se è vero che la norma giuridica, quindi anche processuale, impone o consente determinate azioni in quanto finalizzate alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti ⁽⁸⁴⁾, è difficile comprendere quale potrebbe essere l'interesse della parte che l'ordinamento ha positivamente valutato e conseguentemente munito di

tutela giuridica predisponendo un meccanismo di rinnovazione dell'atto istruttorio rimesso per intero alla disponibilità delle parti del processo.

Il ricorso all'art. 190 c.p.p. quale norma regolatrice dell'ammissione probatoria secondo una logica di presunzione di ammissibilità non sembra realizzare, in primo luogo, alcuna garanzia difensiva, dal momento che le dichiarazioni assunte dal giudice per le indagini preliminari hanno consentito alle parti di usufruire in maniera piena del metodo del contraddittorio nella formazione della prova, costituendo così elementi di prova formati con modalità tali da assicurare il dovuto controllo del giudice e delle parti.

Potrebbe, in ipotesi, ritenersi meritevole di tutela l'interesse eventuale della parte di approfondire, con il nuovo esame, temi insufficientemente trattati o addirittura trascurati durante il precedente esame e controesame, magari in ragione della parzialità della *discovery* assicurata dall'incidente, ma non sfugge a nessuno che siffatte evenienze - l'ultima, in particolare, non ha nulla a che vedere con un preteso diritto all'esame fondato sulla sopravvenuta completezza delle conoscenze attinenti al contenuto degli atti provenienti dalle fasi pregresse ⁽⁸⁵⁾ - prospettate al giudice in sede di richieste di prova, collocano già *ex sé* il parametro valutativo utilizzabile dal giudice al di fuori di quelli previsti dalla norma generale, trattandosi di un criterio di ammissione del nuovo esame costruito su basi diverse da quelle che servono a conformare la manifesta superfluità della prova ⁽⁸⁶⁾.

Esclusa, così, la strumentalità della fattispecie incentrata sull'art. 190 c.p.p. rispetto alla tutela di uno o più profili del diritto di difesa, non si può altresì pensare che essa sia idonea a garantire l'interesse delle parti a fare vivere al giudice atteggiamenti, gestualità, opinioni, silenzi, incertezze che connotarono la deposizione dinanzi al precedente giudicante ⁽⁸⁷⁾.

I contegni soggettivi del dichiarante, infatti, sono per loro natura irripetibili, fenomenicamente esaurendosi nel momento stesso in cui si manifestano ed essendo percepibili esclusivamente dalle persone presenti in quel dato momento storico, per cui, trascorso siffatto momento, essi sono suscettibili solamente di rappresentazione.

Non è un caso che la stessa Corte di cassazione, messa alle strette dall'exasperante e vanificante dilungarsi dei tempi dei processi, ha maturato rispetto all'ipotesi affine della rinnovazione del dibattimento per mutamento della persona fisica del giudice conclusioni che svelano i limiti del meccanismo escogitato rispetto a siffatta evenienza.

Il riferimento è al noto orientamento, ribadito in tempi recenti, che, pur muovendosi nell'orbita della sentenza delle sezioni unite, ha riconosciuto la legittimità di tecniche di rinnovazione incentrate sulla semplice, quanto inutile e dispersiva, richiesta alle fonti dichiarative precedentemente assunte delle conferme delle dichiarazioni già rese da parte del nuovo giudice ⁽⁸⁸⁾.

Dunque, anche a prescindere dal dato che l'ideologia processuale dominante, manifestatasi nelle scelte normative dell'ultimo decennio, considera l'immediatezza un valore sì meritevole di tutela, ma destinato a soccombere - anche pesantemente - rispetto ai valori preminenti della legalità e dell'efficienza processuale in tutti i casi in cui la garanzia del primo rischia di pregiudicare la realizzazione dei secondi, emerge l'intrinseca irragionevolezza della tesi che individua nell'art. 190 c.p.p. la norma regolatrice della fase ammissiva della prova già formata mediante l'incidente probatorio.

Né potrebbe diversamente argomentarsi sulla base di una necessità di allineamento con parametri di ammissibilità previsti in relazione all'acquisizione di prove di altri procedimenti, operazione ermeneutica la quale trascura le differenze che rendono le situazioni procedurali prese in considerazione tra loro non assimilabili.

Invero, come è facile comprendere, i verbali di prove di altri procedimenti documentano un'attività acquisitiva compiuta in funzione della verifica di accuse concernenti fatti soggettivamente ovvero oggettivamente diversi rispetto a quelli imputati nell'ambito del processo cui essi accedono, per cui, essendo "la partecipazione della difesa nella sede aliena [...] legata ad una diversa *res iudicanda* [...] è arduo ipotizzare che il contraddittorio svolto sia equivalente a quello che sulla medesima fonte si sarebbe effettuato in una diversa sede, per un diverso oggetto di prova" ⁽⁸⁹⁾.

Riguardata la problematica rispetto al principio costituzionale della ragionevole durata del processo ⁽⁹⁰⁾, qualche *obiter* di matrice costituzionale potrebbe offrire il fianco a seri motivi di perplessità, avendo la Corte - proprio in relazione al caso della rinnovazione del dibattimento per mutamento della persona fisica del giudice - evidenziato che "il principio di ragionevole durata del processo deve essere temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo penale, la cui attuazione positiva, ove sia frutto di scelte assistite, come nel caso di specie, da valide giustificazioni, non è sindacabile sul terreno costituzionale" ⁽⁹¹⁾.

Un'osservazione che alimenta perplessità sistematiche di non poco momento, perché se è vero che lo sforzo di avvicinare la realtà ad un modello processuale ideale - il processo che il legislatore immaginava e che l'art. 477 c.p.p. dipinge, ossia un processo destinato ad esaurirsi in una sola udienza, al massimo due da tenersi, la seconda, nel giorno seguente non festivo rispetto al giorno in cui si è tenuta la prima, dunque un processo al quale potrebbe essere estranea ogni esigenza documentativa del contenuto di atti istruttori - non deve avvenire a scapito di garanzie e diritti costituzionalmente protetti ⁽⁹²⁾ - ma è altrettanto vero, bisogna ammettere, che sebbene la formula costituzionale si limiti ad affidare al legislatore il compito di assicurare la ragionevole durata del processo, "[n]on v'è dubbio che ciò valga ad affermare, in termini oggettivi e in modo esplicito, la rilevanza costituzionale dell'efficienza della giurisdizione, ossia di un processo che per essere effettivamente 'giusto' deve anche condurre ad una definizione tempestiva del giudizio" ⁽⁹³⁾ - l'organo di giustizia costituzionale avrebbe dovuto chiarire quali fossero i diritti e interessi dotati di copertura costituzionale che un meccanismo - in quel caso - di rinnovazione istruttorio sganciato dal consenso delle parti avrebbe sacrificato a tutela della durata ragionevole del processo.

Tentando di penetrare l'intimo convincimento dei giudici costituzionali, certamente è da escludere che entrasse in gioco il valore del contraddittorio nella formazione della prova: i verbali di prova delle cui

utilizzabilità si discuteva - ma, evidentemente, il discorso vale altresì rispetto alle prove formate mediante l'incidente probatorio - documentano una attività acquisitiva svoltasi nel pieno rispetto dei diritti delle parti e delle garanzie per il corretto formarsi del patrimonio cognitivo del giudice.

Probabilmente, la Corte aveva inteso riferirsi al principio dell'immediatezza, in effetti realizzato - il più delle volte, però, solo apparentemente - attraverso la garanzia dell'immutabilità del giudice.

Se così è, non ci si può astenere dal ribadire ancora una volta come, a differenza del principio del contraddittorio, il valore dell'immediatezza è sì connotato tipico di un modello processuale di carattere accusatorio, ma nell'ambito del nostro sistema non è dotato di copertura costituzionale, non è imposto in termini assoluti in ambito sovranazionale e soffre di svariate deroghe a livello di disciplina processuale ordinaria.

Inoltre, come già detto, si pone in perfetta antitesi rispetto alla struttura ed alla funzione dell'incidente probatorio.

Premesse di fondo per un'ipotesi ricostruttiva: il diritto di difesa

"L'impegno alla ragionevole durata" - è stato evidenziato - "non rappresenta soltanto un diritto della persona coinvolta nel processo, ma anche una garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia" ⁽⁹⁴⁾.

Nell'ambito della medesima analisi, non si è mancato di osservare che non tutti i principi stanno sullo stesso piano, costituendo la funzione cognitiva del processo, l'imparzialità del giudice ed il diritto di difesa "primari valori di giustizia" rispetto ai quali quello della ragionevole durata svolge un ruolo sussidiario, "come condizione di efficienza, qualità avverbale di una giustizia che può essere più o meno tempestiva" ⁽⁹⁵⁾.

Pertanto, il concetto di ragionevole durata "implica *già* la scelta di un modello processuale, caratterizzato da certe garanzie [...] e può quindi essere definito solo a partire da quel modello che va *prioritariamente* individuato" ⁽⁹⁶⁾.

Ma "il rapporto di priorità non esclude l'esigenza del bilanciamento che anzi traspare dalla stessa qualifica di "ragionevole" [per cui] occorre individuare, per ciascun valore primario, il nucleo essenziale delle garanzie, coerenti con il modello di riferimento, in relazione alle quali la durata del processo non può mai dirsi irragionevole [...] Dopodiché, nessun divieto di accrescere quel nucleo, ma impegno a ponderare attentamente le ripercussioni che il *surplus* di garanzie comporta sui tempi processuali" ⁽⁹⁷⁾.

Il diritto di difesa, dunque, "in quanto principio, non è soggetto ad eccezioni; ed è, anzi, definito inviolabile dalla stessa Costituzione. Impensabile, dunque, scalfirlo in nome dell'efficienza o di altri valori. Ma è altrettanto vero che, per la sua stessa natura di principio, il diritto di difesa può illimitatamente espandersi; e le garanzie che lo compongono accrescersi all'infinito, sino a paralizzare di fatto la giustizia. Naturale, quindi, che anche la ragionevole durata debba rappresentare un limite, non al diritto di difesa in quanto tale, ma all'incontrollata proliferazione delle garanzie in cui potenzialmente esso si realizza" ⁽⁹⁸⁾.

Soltanto di recente, è noto, il nostro ordinamento ha scelto la via della definizione "costituzionale" dell'essenza del diritto di difesa, ossia di quel diritto di cui la prima parte della Costituzione continua, in modo quanto mai opportuno e cogente, a sancire la "inviolabilità" ⁽⁹⁹⁾.

La Costituzione ha per lungo tempo dedicato alla difesa processuale ⁽¹⁰⁰⁾ - questo, almeno, sul piano formale - poca attenzione, limitandosi, la considerazione di questa fondamentale garanzia processuale, all'enunciazione del profilo qualificativo contenuto nell'art. 24, comma 2, Cost.

E non è un caso che la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. sia stata fermamente voluta dalle forze politiche proprio come forma di reazione ad una giurisprudenza costituzionale la quale, attingendo proprio al carattere indefinito del principio, aveva attuato la scelta strategica di delineare un modello processuale dai tratti essenziali decisamente dissonanti rispetto alle prospettive che esso era capace di aprire ⁽¹⁰¹⁾.

A distanza di anni, la Corte costituzionale ha dovuto riconoscere che, grazie all'integrazione operata mediante l'inserimento del principio del contraddittorio nella formazione della prova il quadro di riferimento costituzionale è profondamente mutato rispetto alla fase in cui sono state emesse le pronunce che, per lo più connotate da una dimensione prevalentemente ideologica ⁽¹⁰²⁾, hanno caratterizzato la c.d. stagione controriformista, invalidando le disposizioni del codice che escludevano dal novero delle prove utilizzabili dal giudice dibattimentale le dichiarazioni unilateralmente acquisite dall'autorità d'indagine ⁽¹⁰³⁾.

"[U]n codice è sempre un congegno di precisione assai complesso, i cui delicati equilibri sono determinati da un sistema di contrappesi e interazioni, tale che ogni spostamento può avere ripercussioni su tutte le altre parti" ⁽¹⁰⁴⁾, di talché - e la Corte costituzionale ne era pienamente consapevole - "per stravolgere gli equilibri di un processo tendenzialmente accusatorio, non è necessario fare granché; basta eliminare qualche divieto di lettura, per generare l'effetto domino desiderato. Il conseguente vacillare del principio della separazione delle fasi si riverbera necessariamente sul principio della separazione dei ruoli: un atto di indagine raccolto dal pubblico ministero che assuma dignità di prova altera irrimediabilmente le dinamiche processuali, e relega la difesa a mero contraddittore *in partibus*" ⁽¹⁰⁵⁾.

Pertanto, intervenendo su pochi punti la Corte ha colpito i meccanismi vitali del sistema processuale, determinando, come già detto, la "sostituzione, al modello dato, di un altro basato su principi diametralmente opposti" ⁽¹⁰⁶⁾ nel cui ambito diveniva ancora più pressante l'esigenza di realizzare un compiuto modulo investigativo difensivo.

La Corte ha, per forza di cose, preso atto che il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale sia espressamente enunciato nella sua dimensione "oggettiva", quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nell'art. 111, comma 4, Cost. ⁽¹⁰⁷⁾.

Esso è, inoltre, richiamato nella sua dimensione "soggettiva", quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel comma 3 del medesimo art. 111 Cost., ove viene riconosciuta alla persona accusata "la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" ⁽¹⁰⁸⁾.

Più tardi, tuttavia, la Corte costituzionale si è definitivamente discostata dall'orientamento fondato sul riconoscimento di una posizione paritaria alla duplice dimensione del principio del contraddittorio nel contesto dell'art. 111 Cost., statuendo che nel momento stesso in cui prevede una deroga basata sul "consenso dell'imputato" - e non già sul "consenso delle parti" o della "parte controinteressata" - ponendola per giunta al vertice della terna di ipotesi derogatorie ivi contemplate, il quinto comma dell'art. 111 Cost. rivela chiaramente che il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente - nella volontà del legislatore costituente - uno strumento di salvaguardia "del rispetto delle prerogative dell'imputato" ⁽¹⁰⁹⁾.

A prescindere da qualsiasi considerazione sulla configurabilità di una concezione oggettiva del contraddittorio - continua poi la Corte - l'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio, non comporta affatto che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa, come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato ⁽¹¹⁰⁾.

A parere della Corte catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte - ora, cioè, tra le "garanzie oggettive", ora tra quelle "soggettive" - risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani ⁽¹¹¹⁾.

La centralità riacquisita dal diritto di difesa quale funzione del processo - il cui fondamento, è stato rimarcato, è duplice: diritto individuale e garanzia di corretto accertamento giudiziale ⁽¹¹²⁾ - consente di fare emergere l'indefettibilità del ruolo di un'effettiva difesa nell'ambito della dinamica processuale penale, considerata non soltanto come strumento di garanzia della posizione della parte più debole del processo, ma, ancora prima, quale elemento concorrente a caratterizzare lo statuto epistemologico del modello di processo penale che si usa identificare con l'aggettivo "accusatorio".

La valorizzazione del diritto di difesa, che principalmente si traduce, sul piano processuale, nell'accettazione del metodo di accertamento fondato sul contraddittorio nella formazione della prova ⁽¹¹³⁾, è, come già visto poco sopra, culturalmente - ancora prima che giuridicamente - strumento intimamente collegato con la scelta di un modello processuale a struttura accusatoria.

Dunque, difesa penale e contraddittorio costituiscono i termini inseparabili di un polo funzionale chiamato a confrontarsi, in una logica di commistione temperata dal canone qualificativo, con il principio, di rango parimenti costituzionale, della ragionevole durata.

Posto, allora, che il contraddittorio non è compromesso dall'attività acquisitiva interna all'incidente probatorio e che il carattere proteiforme e la forza espansiva del diritto di difesa rendono oltremodo problematica l'operatività della funzione compensativa della ragionevole durata, è nell'ambito di siffatto quadro relazionale problematico che deve scorgersi la chiave di lettura del rapporto tra la prova precostituita mediante incidente istruttorio ed il dibattimento.

La rilettura dell'art. 190 c.p.p.

Ed allora, posto che l'art. 511, comma 2, c.p.p. non delinea i criteri secondo i quali il giudice deve determinarsi in ordine alla eventuale effettuazione dell'esame del dichiarante prodromico - salvo che esso, dice infatti la norma, non abbia luogo - alla lettura del verbale introdotto ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. e), c.p.p., l'analisi dello snodo problematico che ci occupa deve prendere le mosse dalle caratteristiche del vaglio di ammissibilità della prova delineato dall'art. 190 c.p.p., il quale, è stato efficacemente detto, opera su un doppio livello: un controllo sulla rispondenza delle prove a parametri di legalità ed uno relativo alla loro utilità e idoneità dimostrativa ⁽¹¹⁴⁾.

"Il primo" - è stato specificato - "si traduce in una ricognizione di eventuali preclusioni o divieti probatorio; il secondo nel vaglio di corrispondenza dei mezzi istruttori allo scopo dell'accertamento" ⁽¹¹⁵⁾.

La seconda prospettiva, particolarmente complessa, "richiama una serie di valutazioni del giudice ispirate a criteri di razionalità in conformità" - si badi - "al principio della ragionevole durata del processo" ⁽¹¹⁶⁾.

Al di là delle diverse linee di pensiero che possono prospettarsi ⁽¹¹⁷⁾, non v'è dubbio che il giudizio di rilevanza della prova attenga alla astratta capacità dimostrativa dell'ipotizzato risultato probatorio rispetto al tema oggetto di prova, mentre la valutazione di non superfluità tende a verificare la potenziale utilità della prova, già riconosciuta non irrilevante, da un punto di vista quantitativo, di talché "sono prove superflue quelle che si rivelino ridondanti, in quanto iterative di apporti gnoseologici già conseguiti o conseguibili attraverso altri esperimenti" ⁽¹¹⁸⁾.

La ricostruzione delle condizioni di ammissibilità ⁽¹¹⁹⁾ soffre - e ciò emerge già dalla semantica impiegata, ove il ricorso all'avverbio "manifestamente" tende a limitare profondamente il perimetro della valutazione giudiziale ⁽¹²⁰⁾ - della collocazione ordinaria del momento ammissivo nell'ambito degli atti introduttivi del dibattimento, allorché il substrato cognitivo del giudice è rappresentato dagli enunciati esplicativi di cui all'art. 493, comma 1, c.p.p. e dalle indicazioni contenute nelle liste depositate ai sensi dell'art. 468 c.p.p. ⁽¹²¹⁾.

Lo sviluppo dibattimentale del programma probatorio esposto in sede di richieste di prova conduce, come è ovvio che sia, ad un continuo adattamento delle esigenze cognitive, le quali possono concorrere alla rielaborazione dell'originaria dinamica istruttoria in virtù di un'incidenza diretta sui contenuti dell'ordinanza ammissiva, quest'ultima suscettibile di essere, ai sensi dell'art. 495, comma 4, c.p.p., consapevolmente rivista in senso espansivo ovvero riduttivo.

La valutazione di non rilevanza o superfluità della prova è, in altri termini, un polo decisivo fortemente dinamico, che alimenta ma che allo stesso tempo viene alimentato dall'entità e dalla portata dei contributi cognitivi connessi ai vari esperimenti istruttori, essendo tutt'altro che insensibile ai risultati di ciascuno di essi.

Ed infatti, la Corte di cassazione ha chiarito che il potere di revoca del provvedimento ammissivo ex art. 495, comma 4, c.p.p. è più esteso di quello riservato al giudice nel segmento introduttivo del dibattimento, in ragione del quadro cognitivo ben più ampio che si offre al giudicante in virtù dell'espletamento di una più o meno estesa attività istruttoria ⁽¹²²⁾.

In tema di provvedimenti del giudice in ordine alla prova - ha chiarito la S.C. - il diritto dell'imputato all'ammissione delle prove a discarico, di cui all'art. 495, comma 2, c.p.p., va coordinato con il potere attribuito al giudice dal comma 4 del medesimo articolo di revocare l'ammissione di prove che risultino superflue.

Tale potere, esercitato dal giudice sulla base delle risultanze della istruttoria dibattimentale, è ben più ampio di quello che al medesimo è riconosciuto all'inizio del dibattimento, fase processuale caratterizzata dalla normale verginità conoscitiva dell'organo giudicante rispetto alla regiudicanda e pertanto regolata dal più restrittivo canone di cui all'art. 190, comma 1, c.p.p., richiamato dall'art. 495, comma 1, c.p.p., in base al quale, stante il diritto delle parti alla prova, il giudice può non ammettere le sole prove vietate dalla legge o quelle che "manifestamente" risultino superflue o irrilevanti.

Ne consegue che la censura di mancata ammissione di una prova decisiva si risolve, una volta che il giudice abbia indicato in sentenza le ragioni della revoca della prova già ammessa, in una verifica della logica e congruenza della relativa motivazione raffrontata al materiale probatorio raccolto e valutato ⁽¹²³⁾.

Ed allora, è chiaro che la valutazione stessa non può sottrarsi all'influenza degli elementi di prova già disponibili nella fase iniziale del processo in quanto legittimamente formati - in ipotesi, mediante l'incidente probatorio - e, parimenti, legittimamente acquisiti al fascicolo processuale, trattandosi di dati cognitivi dinanzi ai quali i caratteri di ipoteticità e astrattezza del giudizio fondato su proposizioni probatorie vengono sovrastati dalla concretezza di una valutazione su risultati già acquisiti.

Detto questo sul piano generale, non può trascurarsi di considerare, in un'ottica di compatibilità del versante ammissivo dell'esperimento probatorio accompagnato dalla disponibilità dei correlati elementi cognitivi con il principio della ragionevole durata del processo, come il parametro valutativo delle necessità correttive della prefigurata - in sede di richieste di prova - dinamica istruttoria sia sufficientemente aperto e meno vincolante di quello previsto dall'art. 190 c.p.p., implicando una valutazione di superfluità della prova non qualificato dal requisito dell'evidenza.

Infatti, l'assenza dell'avverbio "manifestamente" dal contesto dell'art. 495, comma 4, c.p.p. non è casuale, bensì legata al fatto che la revoca dell'ammissione delle prove può avvenire in un momento in cui, proprio alla luce del materiale probatorio raccolto, la prova appare ormai superflua, cioè inutile ⁽¹²⁴⁾.

D'altra parte, a fronte delle notevoli perplessità destate dalla tipizzazione della sopravvenuta superfluità della prova quale presupposto esclusivo dell'ordinanza di revoca, si è evidenziato come, "fermo restando che il giudice, quale garante della legalità della prova, è sempre tenuto ad escluderla qualora ritenga, *melius re perpensa*, che essa sia stata ammessa in violazione di un divieto o si avveda della successiva genesi di quest'ultimo nel corso dell'istruzione dibattimentale, pare eccessivamente riduttivo inibire l'intervento revocatorio a fronte della sopravvenuta 'irrilevanza' della prova" ⁽¹²⁵⁾.

Conclusione ritenuta corretta "sia perché il parametro della superfluità opera pur sempre nel perimetro di ciò che risulta "processualmente rilevante", ragion per cui sarebbe incongruo consentire al giudice di escludere una prova divenuta "superflua", benché rilevante, e non attribuirgli analogo potere al cospetto di una prova non ridondante, ma apparsa *a posteriori* irrilevante; sia in quanto la delimitazione dell'ambito applicativo dell'istituto della revoca alle sole ipotesi di "superfluità sopravvenuta" ne svuoterebbe la funzione conformativa della piattaforma probatoria al livello di conoscenze disponibili, anche a fronte di evenienze processuali, come la modifica dell'imputazione, in cui potrebbe risultare in seria difficoltà di senso l'intangibilità del provvedimento ammissivo di prove, in ipotesi, non più pertinenti al mutato oggetto ex art. 187 c.p.p." ⁽¹²⁶⁾.

Posto, allora, che non può sfuggire l'identità di *ratio* intercorrente tra tutti i casi in cui l'adozione di un provvedimento di ammissione della prova sconta la preventiva acquisizione di elementi cognitivi - si tratti di elementi riconducibili alla medesima fonte ovvero a fonti diverse cambia poco, dovendo il giudice comunque riflettere su dati conoscitivi legittimamente formati - diviene agevole individuare nei parametri valutativi intermedi previsti dall'art. 495, comma 4, c.p.p. i criteri guida della decisione giudiziale - la quale deve avvenire, in ogni caso, sentite le parti ed assume la forma dell'ordinanza ⁽¹²⁷⁾ - inerente alla previa escussione della fonte già assunta mediante le forme dell'incidente probatorio, il legittimo rigetto della relativa richiesta schiudendo le porte alla lettura del verbale acquisito ai sensi dell'art. 431 c.p.p.

Può aversi, dunque, che la prova sia irrilevante perché tali si sono dimostrati i risultati dell'esperimento già condotto in sede di incidente istruttorio - volendo prescindere da essi ed apparendo persuasivi gli enunciati descrittivi di cui all'art. 493 c.p.p., il giudice dovrebbe, paradossalmente, ammettere la riedizione di un esperimento dimostratosi del tutto inutile e, quindi, ininfluenza - ovvero superflua in quanto l'indicazione dei fatti che la parte richiedente intende provare lascia emergere una perfetta corrispondenza con quanto ha costituito oggetto della prova già assunta, secondo l'indicazione contenuta nella richiesta di incidente probatorio allora formulata, nelle deduzioni e, infine, nel provvedimento del giudice.

Ciò non toglie che possa sorgere effettivamente un'esigenza acquisitiva, la quale deve essere, tuttavia, esplicitata dalla parte richiedente in maniera persuasiva mediante un sapiente uso del frangente argomentativo proprio della fase delle richieste di prova ⁽¹²⁸⁾ e, per ragioni di coerenza logico-sistematica, in funzione compensativa dei limiti cognitivi tipici dell'incidente probatorio.

Ed allora, è agevolmente prospettabile il caso in cui l'incedere della parentesi probatoria anticipata sia stato tanto profondamente quanto effettivamente influenzato dalla parzialità della *discovery* assicurata dall'art. 498, comma 3, c.p.p., come modificato dall'art. 4, L. 7 agosto 1997, n. 267 ⁽¹²⁹⁾.

In questa evenienza, non v'è dubbio che la parte possa formulare una richiesta di esame afferente a circostanze diverse ovvero alle medesime circostanze su cui si è svolta l'audizione, ma che si propone l'approfondimento di profili la rilevanza dei quali non era emersa nel corso delle indagini preliminari.

A maggior ragione deve rinvenirsi una prospettiva acquisitiva seria tutte le volte in cui le circostanze del nuovo esame siano connesse ad una ridefinizione dell'oggetto di prova correlato ad una modifica dell'imputazione ex artt. 516 ss. c.p.p. ⁽¹³⁰⁾.

La fase dibattimentale costituisce nell'attuale sistemica processuale il fulcro dell'ordinario defluire della dinamica cognitiva, la sede tipica di formazione della prova e, di conseguenza, anche il contesto di progressiva costruzione degli esatti contorni del *thema decidendum*.

È connotata alla struttura del nuovo processo, dunque, la "perfettibilità" della contestazione dell'accusa: "il c.d. principio di cristallizzazione dell'accusa" - è stato notato - "sarebbe evidentemente inadeguato in un processo che fa delle indagini preliminari una fase di raccolta di elementi, che possono risultare sufficienti per il rinvio a giudizio, ma che solo in giudizio acquisteranno consistenza probatoria" ⁽¹³¹⁾.

Ovviamente, permane sempre la necessità che l'atto con cui viene esercitata l'azione penale ⁽¹³²⁾ contenga una precisa definizione dell'imputazione poiché, come è stato attentamente rilevato, "il diritto di difesa non può attuarsi [...] se l'imputato non viene messo in condizioni di conoscere l'accusa, in primo luogo, e quindi di difendersi tempestivamente dalla stessa" ⁽¹³³⁾, ma l'emersione di elementi modificativi dell'accusa originaria costituisce, nel nuovo sistema, un'evenienza tutt'altro che eccezionale ⁽¹³⁴⁾, per cui si pongono correlati problemi di "aggiustamento della contestazione" ⁽¹³⁵⁾ che non possono rimanere privi di una compiuta regolamentazione la quale, sul piano degli effetti, salvaguardi le esigenze connesse all'inviolabilità del diritto di difesa e, nel contempo, assicuri la convivenza di esse con irrinunciabili ragioni di economia processuale.

In stretta connessione con la prima delle predette esigenze si colloca la prospettiva della nuova acquisizione della prova, il perimetro cognitivo del giudice avendo finito con il subire uno stravolgimento a cagione dell'iniziativa del P.M. sul versante imputativo, i cui effetti sull'oggetto della prova non possono non influire sulla completezza del precedente esame e, quindi, sulla decisione circa una sua eventuale riedizione.

(*)) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Esso è denominato "incidente", evidenzia Corso, *Le indagini preliminari*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 423, in quanto "apre nelle indagini preliminari, e comunque prima del dibattimento, una parentesi avente finalità probatoria". Sulla necessità di una rivisitazione dell'istituto, oramai invecchiato, v. Renon, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1020.

(2) Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2000, XIX. Il fondamento della previsione di un siffatto istituto è limpidamente posto in rilievo da De Roberto, *Incidente probatorio*, in *Enc. giur.*, XVI, 3.

(3) Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 866.

(4) Morselli, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000, 42.

(5) Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 46.

(6) La logica di eccezionalità che connota l'istituto è evidenziata, tra gli altri, da La Regina, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milano, 2009, 559. La centralità della nozione di atto non rinviabile rispetto all'istituto incidentale è posta in rilievo dalla generale dottrina. V., tra i tanti, La Rocca, *L'incidente probatorio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Milano, 2008, 214. V., più di recente, Id., *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 290.

(7) Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 910.

(8) Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, 21. Ma v., anche, Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 214. Nonché Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1990, 690.

(9) Di Chiara, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 564.

(10) Bargis, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 358.

(11) La bibliografia sulle disposizioni del codice processuale sopra richiamate è pressoché sterminata. V., in generale, Spangher, *Le prove*, in *Teoria e pratica del processo*, III, Padova, 2014, 447; Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012, 143; Scalfati, Servi, *Premesse sulla prova penale*,

in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, Torino, 2009, 3; Chinnici, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, in Spangher - Marandola - Garuti - Kalb (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Milano, 2015, 1088; Ubertis, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, 296; Montagna, *Requisiti della prova in casi particolari: l'art. 190 bis c.p.p.*, in *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 727; Rivello, *Limiti al diritto alla prova*, in *Le prove*, coordinati da Marzaduri, t. 1, *Le regole generali sulla prova*, Torino, 1999, 26; De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milano, 2008, 353.

(12) Così, tra gli altri, La Rocca, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 305.

(13) La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 305.

(14) Santoriello, *Legalità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 329.

(15) Deganello, *Oralità*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 16.

(16) Deganello, *Oralità*, cit., 16. V., inoltre, Famiglietti, *Dibattimento (principi teorici)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, 351. Nonché, da ultimo, De Caro, *Procedimento probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 546, per il quale, "è la pluralità di significati a rappresentare in modo completo il concetto di oralità e, soprattutto, la sua latitudine nell'ottica del suo ruolo strumentale rispetto al raggiungimento dell'epilogo del processo".

(17) Così sembra orientato, tra gli altri, Tonini, *La prova penale*, Padova, 2000, 74.

(18) Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, VIII, 1.

(19) Lozzi, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 670.

(20) Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, 1.

(21) Zappalà, *L'oralità nel nuovo processo penale*, in Bassiouni - Latagliata - Stile (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, II, Milano, 1991, 290. Evidenza Bruno, *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 501, come i caratteri sintetizzati nel sintagma "oralità" non di rado sono ricondotti ai "naturalia" del giudizio.

(22) Bruno, *Concentrazione*, cit., 501.

(23) Famiglietti, *Dibattimento (principi teorici)*, cit., 353. V., anche, Calamandrei, *Immediatezza*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 149.

(24) Bruno, *Concentrazione*, cit., 501. V., sull'indispensabilità del carattere in discorso, Ferrua, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 166.

(25) Il quale, secondo Cass. Pen., SS.UU., 15 gennaio 1999, n. 2, impone che, quando muta la persona del giudice monocratico o la composizione del giudice collegiale, il dibattimento venga integralmente rinnovato, con la ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento, dall'esposizione introduttiva e dalle richieste di prova, dai provvedimenti di ammissione e dall'assunzione delle prove. Per un esame dell'ambito operativo del principio in relazione alle varie tipologie di procedimenti v., in particolare, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, 1444. V., inoltre, l'approfondimento monografico di Renon, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, 93.

(26) Sulla configurazione di siffatta sanzione v., tra gli altri, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, cit., 1446; Martines, *La rinnovazione delle prove in caso di mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2015, 2334.

(27) V., per tutti, Rigo, *La sentenza dibattimentale*, in Spangher - Marandola - Garuti - Kalb (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Milano, 2015, 1434; Id., *La sentenza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 2, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Torino, 2009, 515; Caianiello, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, 1394; Tamiotti, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, 705.

(28) Cass. Pen., Sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 672.

(29) Corte cost. 3 dicembre 2001, n. 399, ord.

(30) Per un quadro degli orientamenti giurisprudenziali sul punto v., tra gli altri, Lorusso, *Art. 525*, in Giarda - Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale*, II, Milano, 2017, 2598; Fonseca, *Art. 525*, in Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2012, 3086.

(31) Corte cost. 24 gennaio 1994, n. 17.

(32) Corte cost. 24 gennaio 1994, n. 17.

(33) Cass. Pen., SS.UU., 15 gennaio 1999, Iannasso.

(34) V., infatti, Cass. Pen., Sez. V, 8 aprile 2015, n. 14227, secondo la quale non sussiste la nullità della sentenza qualora le prove siano state valutate da un collegio in composizione diversa da quello dinanzi al quale esse sono state acquisite e le parti presenti non si siano opposte né abbiano esplicitamente richiesto di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, dovendosi in questo caso intendere che esse abbiano prestato il consenso, sia pure implicitamente, alla lettura degli atti. Nello stesso senso v., inoltre, Cass. Pen., Sez. V, 30 settembre 2013, n. 5581; Cass. Pen., Sez. II, 4 giugno 2008, n. 34723.

(35) Ed infatti, v., eventualmente, Suraci, *Mutamento della persona fisica del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante lettura e necessità del consenso delle parti. Profili di incostituzionalità e prospettive di intervento della Corte costituzionale*, in *Studium Juris*, 2004, I, 13.

(36) Sottolinea la diversità di causa giustificativa dell'incidente probatorio rispetto alla rinnovazione, per esempio, Caianiello, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, cit., 1394.

(37) Il principio ha trovato particolare forza e notorietà, come a tutti noto, in Cedu, Sez. III, 5 ottobre 2011, Dan c. Moldavia. "Contrariamente a quanto comunemente si ritiene" - evidenzia però Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014, 628 - "le (ormai famose) statuizioni contenute nella [citata pronuncia della C.e.d.u.] non costituiscono un inedito nella giurisprudenza di Strasburgo". V., sulla pronuncia europea, Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quanto il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 349.

(38) V., sulla complessa tematica, Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 73. Nonché, da ultimo, Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1177; Ferrua, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in questa *Rivista*, 2015, 1201.

(39) V., in generale, Cass. Pen., SS.UU., 6 luglio 2016, n. 27620. Oltre che, da ultimo, le precisazioni contenute in Cass. Pen., SS. UU., 19 gennaio 2017, Patalano. In dottrina v., anche per un quadro dei diversi orientamenti giurisprudenziali, Cantone, *La reformatio in peius in appello di una sentenza di assoluzione: i limiti imposti dalla Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 456; Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 628; Martines, *A proposito dell'obbligo del giudice di appello di riesaminare i testimoni in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado*, in *Cass. pen.*, 2014, 3005; Fallone, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, ivi, 2015, 820; Aiuti, *Osservazioni su Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798*, ivi, 2014, 1713; Capone, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1007; Stellan, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello: nuove conferme, vecchie ambiguità*, in *Cass. pen.*, 2016, 1640.

(40) Capone, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, cit., 1008.

(41) Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 630.

(42) Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 631.

(43) Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 631.

(44) Sulla quale può vedersi, volendo, Suraci, *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 255.

(45) V., in questo senso, Spangher, *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Agg. II, 7; Id., *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 217, ove si sottolinea la scarsa attenzione dedicata dal nuovo codice al tema delle impugnazioni; De Caro, Maffeo, *Appello*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 44; Chinnici, *Appello (evoluzione)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 2, la quale, in chiave critica rispetto ad una forma processuale disancorata dai principi del giusto processo, evidenzia come non vi è traccia di una qualificazione normativa dell'appello in termini di giudizio di controllo: "di contro, la clausola di salvezza di cui all'art. 598 c.p.p., che estende la

disciplina del giudizio di primo grado in quanto applicabile, sembrerebbe argomento dimostrativo in senso contrario"; Id., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 39, ove si chiede se l'appello, ancora oggi, può pacificamente essere definito come mezzo per controllare piuttosto che come congegno per accertare (meglio, riaccertare) una questione già decisa?". V., inoltre, Fiorio, *L'appello*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, I, Torino, 1998, 299; Olivero, *Appello*, in *Enc. dir.*, II, 718; Tranchina, Di Chiara, *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 200, il quale segnala l'incoerente soluzione legislativa di relazionare con un modulo processuale di ispirazione accusatoria un giudizio di appello la cui struttura ripercorre i tratti tipici del modello disciplinato dal codice abrogato. V., su questo versante ed in senso egualmente critico, Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, cit., 353. Più articolata, sotto questo profilo, l'analisi di Gaeta, Macchia, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, Milano, 2009, 272.

(46) V., tra le tantissime, Cass. Pen., Sez. III, 26 aprile 2013, n. 23058.

(47) Spangher, *Appello nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, 220.

(48) D'altro canto, faceva notare Spangher, *Appello nel diritto processuale penale*, cit., 220, come "il ritorno all'oralità per effetto della rinnovazione non consente di considerare caratterizzato da questo principio il relativo giudizio né in rapporto alle prove già raccolte, che il giudice d'appello può conoscere e valutare per il tramite dei relativi verbali; né in rapporto alle prove assunte in sede di gravame che, per l'interdipendenza di tutti i dati probatori, dovranno essere esaminate ed apprezzate alla luce degli elementi già acquisiti nel grado precedente".

(49) V., d'altra parte, Cass. Pen., SS.UU., 6 luglio 2016, n. 27620, secondo la quale il complesso dei valori sottesi al processo penale costituiscono un quadro in cui dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice dell'impugnazione in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, canone di "al di là di ogni ragionevole dubbio", dovere di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e limiti della *reformatio in pejus* si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale.

(50) Cass. Pen., 16 dicembre 1994, n. 1381. V., poco dopo, Cass. Pen., 27 giugno 1995, n. 8009.

(51) Cass. Pen., Sez. VI, 24 gennaio 2013, n. 8705. Sui connotati della c.d. motivazione rafforzata v., da ultimo, Fallone, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, cit., 820.

(52) Cass. Pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798. Ma v., anche, Cass. Pen., Sez. VI, 21 novembre 2012, n. 49775; Cass. Pen., Sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 1266; Cass. Pen., Sez. VI, 10 luglio 2012, n. 46847. V., inoltre, Cass. Pen., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27018, nonché, quale essenziale riferimento giurisprudenziale, Cass. Pen., SS.UU., 12 luglio 2005, n. 33748. V., sul criterio valutativo di cui si discute, tra gli altri, Garofoli, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*, in Gaito (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Milano, 2006, 77; Piergallini, *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in Bargis - Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007, 361; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 167. Sui riflessi dell'introduzione della regola nel giudizio in cassazione v., inoltre, Iacoviello, *Giudizio di cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, Torino, 2009, 702; Santoriello, *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 354. Sulle regole di giudizio nell'ambito del processo penale v., da ultimo, Dinacci, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 644.

(53) In maniera cristallina, Marandola, *Ricostruzione "alternativa" del fatto e test di ragionevolezza del dubbio in appello*, in *Arch. pen.*, 2012, 372, evidenzia come "è indubbio che la disparità delle differenti valutazioni denota in maniera inequivocabile l'incertezza del giudizio sulla responsabilità, che è appunto il presupposto logico e culturale sul quale riposa la regola introdotta all'art. 633 c.p.p."

(54) Cass. Pen., SS.UU., 6 luglio 2016, n. 27620.

(55) V., infatti e per tutti, Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, cit., 73.

(56) Rammenta Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 808, come la "Convenzione obbligatoria è quella che vive nell'interpretazione della Corte [europea]".

(57) Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 794.

(58) V., in particolare, Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000, 36. E su di esso - fa rilevare Iacoviello, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, 2030 - il nuovo codice aveva concentrato l'attenzione, "ponendo ogni premura nell'evitare che l'indagine preliminare potesse ipotecare la decisione finale".

(59) Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., 4.

(60) Ubertis, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2100.

(61) Giarda, "Astratte modellistiche" e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 890. Riteneva, tra gli altri, Iacoviello, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, cit., 2028, che la Costituzione non prefigurasse un modello di processo, né uno specifico assetto dei rapporti tra fase delle indagini e dibattimento. Negli stessi termini v., inoltre, Gianniti, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 79.

(62) Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, 1973. V., anche, Scaparone, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, ivi, 1998, 3148. Nonché, ancora, Ventura, *Escussione della prova e contraddittorio*, ivi, 1998, 3187; Giarda, "Astratte modellistiche" e principi costituzionali del processo penale, cit., 890. V., inoltre e in termini più generali, Giunchedi, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, in Gaito (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Milano, 2006, 17. V., infine, per un quadro sintetico delle più risalenti prese di posizione dottrinali e delle principali manifestazioni nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 395.

(63) "Si tratta" - osserva Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 93 - "di una formula tutt'altro che neutra o retorica dal momento che essa racchiude l'esercizio della *iurisdictio* entro un preciso orizzonte di principi senza il rispetto dei quali viene meno il *minimum* necessario a definire "processo" la sequenza delle attività dirette ad accertare un fatto penalmente rilevante".

(64) Fa notare, infatti, Chiavario, *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, XV, 2, come di "giusto processo" si parlava già ben da prima della riforma costituzionale del 1999. Per un'analisi del quadro nel cui ambito è "calata" la riforma v., in particolare, Mele, *L'art. 111 della Costituzione: riscoperta del codice 1989*, in *Cass. pen.*, 2001, 2193. Evidenza Renon, *L'incidente probatorio "allargato" all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, in *Cass. pen.*, 2000, 3219, come la riforma ribalta "certi postulati dogmatici sui quali la disciplina processuale ha finito in questi anni per modellarsi".

(65) Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 422.

(66) "È al processo penale" - fa notare Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1130 - "che il riformatore costituzionale ha dedicato - purtroppo, verrebbe quasi da dire - le sue maggiori attenzioni, con l'encomiabile intendimento di assicurarvi il più alto tasso dialettico e con il deprecabile risultato di una normativa disordinata e ambigua".

(67) "L'espressione" - sottolinea Conti, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 633 - "è indubbiamente lapidaria, ma completa nella sua semplicità". Secondo Cesari, *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 697, "[d]al tono netto della formulazione traspare nitido l'intento: fondare la costruzione delle conoscenze giudiziali sulla dialettica tra le parti, facendo leva sull'efficacia maieutica dei punti di vista contrapposti per estrarre dalle fonti di prova le informazioni più complete, più obiettive, più attendibili".

(68) Esposito, *L'accertamento dell'inquinamento della prova testimoniale: art. 500, comma 4, c.p.p.*, in Bargi (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 697.

(69) Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzia del contraddittorio*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 359. Infatti, come rileva Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., 5, la strutturazione in forma dialettica del processo non può essere relegata nel campo delle opzioni di carattere meramente tecnico, poiché l'accoglimento del principio del contraddittorio è soprattutto una scelta di civiltà. V., altresì, Mazza, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1534. Nonché, negli stessi termini, Id., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 4. V., in prospettiva diversa, Pasta, *Giudizio abbreviato, investigazioni difensive e "senso della realtà"*, in *Arch. pen.*, 2011, 1079. Evidenza come il principio del contraddittorio abbia subito, per effetto della riforma costituzionale, un "evidente salto di qualità", Siracusano, *Contestazione al testimone e "provata condotta illecita": un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, 2611.

(70) Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., 4.

(71) Balsamo, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.*, 2002, 389. V., inoltre, Buzzelli, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 347, la quale definisce il contraddittorio quella straordinaria (nel senso di qualitativamente superiore) "procedura d'indagine" alimentata dalla pariteticità delle parti; Marzaduri, *Appunti sulla riforma*

costituzionale del processo penale, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, 469; Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 844. Ancora, v., come già detto, Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., 2. In Id., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., 1130, viene altresì rilevato come il principio espresso dall'art. 111, comma 4, primo periodo, Cost. vada considerato il diapason della giurisdizione penale, facendo del contraddittorio il suo "statuto epistemologico". La centralità del contraddittorio nella formazione della prova, e, dunque, le note della imprescindibilità e della inderogabilità di esso, se non nei casi espressamente enunciati dalla Costituzione, sono messe in rilievo da Rossi, *La disciplina di attuazione dell'art. 111 Costituzione: dalla "perdita del sapere" alla "perdita del contraddittorio"*, in *Quest. giust.*, 2001, 1147. V., inoltre, De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3214.

(72) "Accanto alla fattispecie primaria" - evidenza Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., 1131 - "l'art. 111 Cost. sembra prefigurare anche una fattispecie vicaria costituita dall'atto di indagine più un fatto processuale tra quelli previsti nel quinto comma". La costruzione teorica è ribadita da Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 126. Secondo Balsamo, *L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 478, la previsione di una pluralità di eccezioni rende "ragionevole" il principio del contraddittorio poiché tiene conto della necessità di temperamento di interessi contrapposti, tutti di rilievo costituzionale. Le ipotesi di fattispecie sussidiarie per la formazione della prova previste dalla Costituzione sono ritenute da Ubertis, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. III, 440, come implicanti casi, rispettivamente, di contraddittorio "implicito", "impossibile" o, infine, "inquinato". Le medesime definizioni sono riportate in Id., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2104. V., inoltre, Id., *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2075; Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 364.

(73) Spangher, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, 255. V., inoltre, Ferrua, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, 4; Id., *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in Kostoris (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 7. Così, anche, Marzaduri, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida dir.*, 2000, 43, 12; Bargis, *Art. 16, L16, L. 1 marzo 2001 n. 63, in Leg. pen.*, 2002, 280, la quale sottolinea, altresì, come la norma abbia demolito la "nefasta antitesi" tra ricerca della verità e contraddittorio alla base della sentenza costituzionale n. 255 del 1992. *Contra*, invece, Balsamo, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, cit., 389, il quale ritiene la tesi opposta non aderente alla lettera, né alla ratio ispiratrice, dell'art. 111 Cost.

(74) V., per questa ricostruzione, Conti, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in questa *Rivista*, 2000, 198. Nonché Tonini, *La prova penale*, cit., 14; Renon, *L'incidente probatorio "allargato" all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, cit., 3235; Garuti, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 179. Come è noto, siffatta classificazione è respinta da Ubertis, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., 2100. L'impostazione è ribadita in Id., *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, cit., 2074. V., poi, Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., 1422.

(75) Secondo Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 355, il contraddittorio non possiederebbe due presunte anime, "essendo a sua volta anima del processo e fondamento dell'accettazione sociale dell'esito del processo".

(76) V., in dottrina, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, cit., 1451; Grevi, *Processo penale, "giusto processo" e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3322; Cesari, *"Giusto processo", contraddittorio ed irripetibilità degli atti d'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 81.

(77) Come osserva Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 2011, 799, mentre l'art. 111 Cost. tutela il processo come funzione e, dunque, tutela poteri e facoltà di tutte le parti, l'art. 6 CEDU tutela il processo come diritto.

(78) V., da ultimo, Cedu, Sez. III, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia.

(79) Cedu, Sez. III, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia. V., per un quadro della giurisprudenza europea sulla tematica che ci occupa, Tamietti, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, cit., 699.

(80) Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 147, secondo il quale "non deve essere la parte a dimostra[re] la legalità, la rilevanza e l'utilità [della prova] per ottenerne l'ammissione, ma è il giudice che, per negarla, deve accertarne l'illegalità oppure la "manifesta" irrilevanza o superfluità". Mette in evidenza Spangher, *Le prove*, cit., 461, come le parti dispongano della prova in positivo, nel

senso che hanno diritto all'ammissione delle prove richieste nei limiti della pertinenza, sebbene non ne dispongano in negativo, in quanto la loro inerzia non può precludere l'ammissione di prove indispensabili all'accertamento dei fatti.

(81) Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 362.

(82) Secondo Riviezzo, *Mutamento del giudice e necessità di rinnovare l'esame delle persone già sentite: la ricerca di una soluzione tra garanzie ed efficienza*, cit., 1810, invece, la disposizione sarebbe semplicemente ricognitiva di un diritto che, comunque, scaturisce dall'art. 190 c.p.p.

(83) Diversamente, ritiene - rispetto all'ipotesi della rinnovazione del dibattimento, ma in una prospettiva che viene subito dopo estesa alle prove assunte mediante incidente probatorio - che la previsione dell'art. 190 *bis* c.p.p. assicuri una forza espansiva piena all'art. 190 c.p.p. in relazione ai casi non compendati dalla prima disposizione, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, cit., 1455. V., altresì, Riviezzo, *Mutamento del giudice e necessità di rinnovare l'esame delle persone già sentite: la ricerca di una soluzione tra garanzie ed efficienza*, cit., 1810; Caianiello, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, cit., 1402.

(84) Falzea, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 334.

(85) In relazione a siffatto profilo della disciplina dell'incidente probatorio v., come già detto, Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 720. Ma v., altresì, Renon, *L'incidente probatorio "allargato" all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, cit., 3234.

(86) Proponeva un'impostazione simile, nell'ambito di una prospettiva riformatrice da affidare al legislatore che tenesse conto delle indubbie diversità esistenti tra le ipotesi di rinnovazione del dibattimento e quelle di acquisizione mediante incidente probatorio ovvero nell'ambito di un diverso procedimento, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, cit., 1453.

(87) Sottolinea l'importanza dei "tratti prosodici del discorso" in funzione epistemica, tra gli altri, Ferrua, *La prova nel processo penale: profili generali*, in Ferrua - Marzaduri - Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 35.

(88) V., in speciale modo, Cass. Pen., Sez. I, 11 maggio 1992, Cannarozzo, nella quale si è precisato che una siffatta modalità di assunzione della prova potrebbe, al più, ritenersi irregolare.

(89) Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, cit., 722.

(90) Sul principio costituzionale v., anche al fine di reperire adeguati riferimenti bibliografici, Buzzelli, *Processo penale (ragionevole durata del)*, in *Enc. dir.*, Ann., III, 1017; id., *Durata ragionevole, tipologie procedurali e rimedi contro i ritardi ingiustificati*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 255; Ubetis, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, t. 2, 425; Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., 610; Conti, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., 630.

(91) Corte cost. 3 dicembre 2001, n. 399, ord.

(92) Infatti, pone in rilievo Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., 610, "[i]l valore dell'efficienza processuale [...] presenta un limite ontologico (e non potrebbe essere altrimenti): [...] non è posto in termini assoluti ma implica un 'ragionevole' bilanciamento soprattutto con le garanzie del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità".

(93) Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., 610.

(94) Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 55.

(95) Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 61, con la precisazione che il termine sussidiario "non va inteso in senso riduttivo, designa[ndo] semplicemente un ordine logico, una cadenza nella definizione dei valori".

(96) Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 62. Come evidenzia Spangher, *Il "giusto processo" penale*, cit., 256, è il processo strutturato e garantito secondo le regole costituzionali che "dovrà avere una durata ragionevole, cioè idonea alla realizzazione delle sue finalità, e con le variabili connesse, fra gli altri elementi, alla materia, all'oggetto, ai soggetti".

(97) Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 62.

(98) Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 63.

(99) Ventura, *Il diritto costituzionale di difesa*, in Ferrua - Marzaduri - Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 991. Secondo Magliocca, *Il diritto di difesa*, in Dean (a cura di), *Fisionomia*

costituzionale del processo penale, Torino, 2007, 51, l'ampliamento del catalogo di regole e principi ai quali deve uniformarsi l'esercizio della giurisdizione penale impone di verificare quale sia l'attuale dimensione strutturale ed operativa del diritto costituzionale di difesa.

(100) V., sulla difesa giudiziaria penale e limitatamente alle voci enciclopediche, Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, 454; Voena, *Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, 1; Curtotti Nappi, *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 370; Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, 466; Di Blasi, *Difesa (in generale)*, in *NN.D.I.*, V, 615.

(101) La relazione tra riforma costituzionale e giurisprudenza costituzionale è generalmente riconosciuta. V., per tutti, Spangher, *Il "giusto processo" penale*, cit., 255.

(102) Sottolinea questo aspetto, in relazione alla sentenza n. 255 del 1992, Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1977. V., altresì, Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 464.

(103) Mette in rilievo la "penosa situazione in cui versa[va] il sistema processuale [...] irrimediabilmente sfigurato nei suoi tratti distintivi", Presutti, *Indagini difensive e 'parità delle armi'*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, II, Milano, 2000, 610.

(104) Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1974. Ma v., anche, Di Chiara, *L'inquisizione come "eterno ritorno": tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1992, 2015.

(105) Garofoli, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., 516.

(106) Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1974. Come evidenzia Taormina, *Come restituire il processo penale alla volontà del legislatore delegante*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 398, "quando una crepa si forma nelle strutture portanti essa è destinata ad espandersi ed a travolgere ogni cosa".

(107) Corte cost. 12 ottobre 2000, n. 440.

(108) Corte cost. 12 ottobre 2000, n. 440.

(109) Corte cost. 26 giugno 2009, n. 184. La messa in discussione dell'impostazione originariamente patrocinata era già ravvisabile, a dire il vero, in Corte cost. 5 aprile 2007, n. 117. Aveva intravisto i segnali di un mutamento di prospettiva, nella lettura della norma costituzionale, Iafisco, *Il "giusto processo" all'imputato irreperibile all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1129.

(110) Corte cost. 26 giugno 2009, n. 184. La costruzione, come è evidente, delinea un'impostazione dei rapporti tra diritto di difesa e contraddittorio che era stata più volte ribadita dalla Corte costituzionale negli anni immediatamente successivi alla sua effettiva attivazione. Tra le diverse pronunce che avevano visto nel principio del contraddittorio un portato del diritto di difesa v., in particolare, Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46; Corte cost. 1° dicembre 1959, n. 59; Corte cost. 27 aprile 1963, n. 59; Corte cost. 7 giugno 1963, n. 108; Corte cost. 31 maggio 1965, n. 41. In dottrina v., per l'accoglimento di un'impostazione siffatta, Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 412.

(111) Corte cost. 26 giugno 2009, n. 184.

(112) Ferrua, *Difesa (Diritto di)*, cit., 468. V., inoltre, Voena, *Difesa penale*, cit., 3. Per ulteriori considerazioni sull'argomento v., infine, Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, 398.

(113) V., per siffatta impostazione dei rapporti tra i due valori di rango costituzionale, ovviamente in relazione al sistema processuale previgente, Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, cit., 413.

(114) Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 147.

(115) Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 148.

(116) Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 148.

(117) Ubertis, *Prova (in generale)*, cit., 320.

(118) Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 154. Rileva Rivello, *Limiti al diritto alla prova*, cit., 29, come "ogni diversa valutazione, non improntata ai suddetti criteri, esula dal potere del giudice e, ostacolando il diritto alla prova in capo alle parti, concreta una violazione di legge che vizia la relativa pronuncia".

(119) Come rilevano Scalfati, Servi, *Premesse sulla prova penale*, cit., 36, si tratta di condizioni minime "che saldano il contenuto delle richieste al *thema decidendi*, in modo che il primo non risulti esorbitante rispetto al secondo".

(120) De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 379. Per Scalfati, Servi, *Premesse sulla prova penale*, cit., 36, il termine "implica una verifica assai superficiale circa l'utilità delle prove rispetto all'oggetto dell'accertamento, al punto che la non ammissione è del tutto eccezionale, se non puramente teorica".

(121) De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 370, sottolinea il nesso funzionale che lega il momento della richiesta con quello del deposito delle liste, non a caso ritenuti "un'unica e complessa parte del procedimento probatorio".

(122) Cass. Pen., Sez. VI, 8 luglio 2002, Mattana.

(123) Cass. Pen., Sez. VI, 6 ottobre 1999, Malorgio. La soluzione prescelta dalla Cassazione è ritenuta da Fanuele, *Un difficile punto di equilibrio tra il diritto alla prova delle parti e il controllo di legalità del giudice nel procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2001, 910, sia logica, sotto il profilo della dinamica del procedimento, sia corretta sotto il profilo normativo. In senso contrario v., come già detto, Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 200. Oltre che, per ragioni connesse alla garanzia dell'imparzialità del giudice, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 378.

(124) Fanuele, *Un difficile punto di equilibrio tra il diritto alla prova delle parti e il controllo di legalità del giudice nel procedimento probatorio*, cit., 910.

(125) Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 201.

(126) Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 201.

(127) Essendo "[c]hiara la funzione del preambolo dialettico [ossia] affermare o negare la sussistenza dei presupposti che giustificano l'adozione del provvedimento ammissivo". Così Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 193; V., inoltre, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 376.

(128) V., come già detto, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 369. Anche se, rileva Chinnici, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, cit., 1115, la riforma attuata con la L. 16 dicembre 1999, n. 479 ha determinato un livellamento verso il basso dello spessore argomentativo.

(129) Sembra suggerire siffatta impostazione, al fine di arginare "una prassi indulgente, sempre propensa a scorciatoie cognitive", Valentini, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2013, 267. Denuncia la valenza generale dei limiti al contraddittorio connessi alla mancata conoscenza di tutti gli atti del processo, in una prospettiva critica rispetto all'art. 190 *bis* c.p.p., invece, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 381.

(130) Sul tema v., in generale, Aiuti, *Le nuove contestazioni*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher - Marandola - Garuti - Kalb, Milano, 2015, 1346; Tucci, *Artt. 516-522*, in Spangher - Giarda (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, 2010, 6579. V., volendo, Suraci, *Nuove contestazioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, t. 1, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Milano, 2009, 441.

(131) Giuliani, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1131.

(132) Atto che Cordero, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 436, ricostruisce come una fattispecie "ad effetti multipli" poiché accanto al dovere di decidere sul tema dell'imputazione, costituisce quello, a contenuto omissivo, di astenersi dal pronunciare sulle situazioni che ne esorbitano.

(133) La Marca, Sanlorenzo, *Contestazioni*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 520. Con limpidezza, Tessitore, *Contestazioni suppletive dibattimentali e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 626, ribadisce che la contestazione dell'accusa, pur non esaurendo l'essenza del contraddittorio, ne costituisce la base ed il presupposto indefettibile.

(134) Ubertis, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, 538. V., inoltre, Lozzi, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 342, secondo cui, nel sistema processuale vigente, la modifica dell'imputazione è "una eventualità fisiologica".

(135) Marini, *Nuove contestazioni*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1991, 452.